

**B., Sebastián Alejandro y otra s/ P.SS.AA. homicidio calificado
por el vínculo -causa n° 57/10-.**

B.327, L.XLVII

Procuración General de la Nación

22/3/2012

Derecho Penal.

Constitucionalidad de la prisión perpetua. Artículo 80, inciso 1° del Código Penal. Posible afectación de garantías constitucionales. Proporcionalidad de la pena.

Si los argumentos del tribunal no fueron objeto de una crítica prolija y concreta por parte del recurrente, sino que éste se limitó a propiciar una solución jurídica distinta, fundada en afirmaciones generales y abstractas, ello no basta a un planteo que persigue la declaración de inconstitucionalidad de una norma, pues ello importa un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la ultima ratio del orden jurídico y su procedencia requiere de un pedido que tenga sólido desarrollo argumental y fundamentos de la misma calidad.

La pena de prisión perpetua no vulnera per se la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa, sino que, por el contrario, es posible afirmar que se encuentra expresamente admitida. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño admite expresamente la imposición de prisión perpetua si se cuenta con la posibilidad de excarcelación (art. 37, inc. "a"). Esta circunstancia permite razonablemente sostener que si allí se ha efectuado esa salvedad, resulta difícil concluir que en el ámbito de la comunidad internacional esa pena se encuentre vedada para los mayores.

En suma, cabe concluir que desde el ámbito de los instrumentos de derechos humanos comprendidos por la Constitución Nacional y la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema, no es posible concluir en la inconstitucionalidad de la prisión perpetua prevista en el artículo 80, inciso 1°, del Código Penal, ni que ella pueda significar la afectación de la integridad personal en los términos el artículo 5°, inciso 2°, del Pacto de San José de Costa Rica, de la garantía de igualdad ante la ley o del principio de culpabilidad.

El juicio referido a la proporcionalidad de la pena, que se trasunta en la ley con carácter general, es de competencia exclusiva del legislador, sin que competa a los tribunales juzgar del mismo, ni imponer graduaciones o distinciones que la ley no contempla, desde que instituye iguales sanciones a todos los que incurran en la infracción que se incrimina como una suerte de salvaguarda de la garantía de igualdad. En efecto, se ha establecido que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió, ya que está vedado a los tribunales el juicio del mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en el ejercicio de sus propias facultades.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

B , Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado
S.C. B.327, L. XLVII

S u p r e m a C o r t e :

I

La Cámara Undécima en lo Criminal de la ciudad capital de Córdoba condenó a Estefanía S C y Sebastián Alejandro B como autora y partícipe necesario, respectivamente, de los delitos de lesiones leves, graves y homicidio agravado –en concurso real– cometidos en perjuicio de la hija de ambos; asimismo, declaró la inconstitucionalidad del artículo 80, inciso primero, del Código Penal, en cuanto prevé la pena de prisión perpetua para el delito de homicidio calificado por el vínculo, y les impuso la pena de dieciocho años de prisión.

El pronunciamiento fue impugnado mediante recurso de casación por la defensa de B y por recurso de inconstitucionalidad deducido por la fiscalía.

El primero de los reclamos fue rechazado por el Tribunal Superior de Justicia provincial por sentencia registrada bajo el n° 270 (fs. 270/279 vta.), mientras que el segundo fue declarado procedente y, por consiguiente, se dejó sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del artículo 80, inciso 1°, del Código Penal y se condenó a los acusados a la pena de prisión perpetua (conf. sentencia n° 271 a fs. 260/269 vta.).

Contra ambas decisiones la defensa particular de Sebastián B interpuso recurso extraordinario (fs.233/252), cuya denegación (fs. 223/231) motivó la presente queja.

II

En la apelación federal, la defensa cuestionó la confirmación de la condena a B en calidad de partícipe necesario de homicidio calificado y lesiones, por considerarla arbitraria y contraria a los principios de legalidad y reserva.

A juicio del recurrente, la decisión presenta ese vicio porque no se interpretó el concepto de participación necesaria en forma razonable o con fundamento en alguna teoría del delito aceptable. En tal sentido, refirió que según el derecho vigente la participación necesaria constituye el aporte de un tercero en el ámbito ejecutivo del delito de otro, sin el cual la acción ejecutiva a cargo de un autor no podría haberse cometido como se realizó. Además esa cooperación debe ser a sabiendas de lo que se hace, es decir, dolosa. Pero si, como en este caso, lo que se atribuye al imputado es la omisión de denunciar o vigilar obsesivamente a su mujer —condenada como autora de homicidio y lesiones— es arbitrario considerarlo partícipe necesario, puesto que tales omisiones pueden obedecer a diversos motivos fuera del alcance del reproche penal y no demuestran que el acusado hubiera querido que el delito se cometiera, en especial, si se tiene en cuenta que B fue quien procuró atención médica para su hija.

En segundo lugar, la defensa expuso el conocido debate doctrinario sobre los llamados delitos de “omisión impropia” para ilustrar la teoría que considera correcta, según la cual imputar una omisión a un tipo estructurado como delito de comisión activa viola el principio de legalidad y constituye un uso prohibido de la analogía.

Por último, contra el pronunciamiento que declaró la validez constitucional de la pena de prisión perpetua que prevé el artículo 80, inciso 1º, del Código Penal, el apelante planteó que esa disposición lesiona el principio de proporcionalidad y las normas de jerarquía constitucional que prohíben la imposición de penas crueles, al tiempo que —por consagrar una pena de por vida— contradice la finalidad de reforma y readaptación social de los penados, que también goza de rango constitucional. Para la defensa, la penas fijas, en general, impiden ajustar el castigo a la medida de la culpabilidad y determinan, en consecuencia, que situaciones iguales sólo en lo relativo a los elementos relevados por la ley, pero diversas en sus rasgos particulares, reciban injustamente el mismo tratamiento.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

B , Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado
S.C. B.327, L. XLVII

III

A mi modo de ver, el recurso extraordinario ha sido correctamente denegado por el *a quo*, por carecer el reclamo de fundamentos suficientes.

V.E. siempre ha entendido que el carácter autónomo de la apelación federal hace que no baste la exposición genérica de una causal de arbitrariedad o la aseveración de determinada solución jurídica, si esto no se relaciona directamente con el contenido del fallo y no incluye una crítica precisa y razonada de todos y cada uno de los fundamentos en que se sostiene (Fallos: 315:1699; 323:1261; 325:309, entre muchos otros).

Cabe recordar, en este sentido, que también es doctrina de la Corte que la mera reiteración por las partes de argumentos vertidos en las instancias anteriores no constituye una crítica concreta y razonada del pronunciamiento apelado y determina el rechazo del recurso extraordinario (Fallos: 310:2278; 315:59; 323:3486; 330:1534).

De los términos del recurso de casación y la sentencia que lo rechazó, es posible advertir que el reclamo actual del apelante contiene una repetición literal de los agravios expresados en la instancia anterior y, por lo tanto, ninguna réplica a la respuesta mediante la cual fueron desechados.

Esta respuesta versaba acerca de la calidad del aporte de B al delito y de su carácter doloso, para concluir en que el comportamiento del acusado se adecuaba a la descripción legal de la participación necesaria. Cito *in extenso*: *(s)egún dio por cierto el tribunal de juicio y ha sido confirmado por esta Sala (...) se configuró una modalidad criminal característica del maltrato intrafamiliar (...) L murió a consecuencia de los múltiples padecimientos físicos, que se tradujeron en lesiones de diferente intensidad a lo largo de su corta vida...y que no tuvieron origen accidental (...); primero sufrió una hemorragia subjuntiva bilateral, un pequeño hematoma en la zona posterior de la cabeza y una lesión cutánea de tipo traumática, en*

segunda oportunidad la fractura del húmero derecho, en tercer momento la fractura del arco posterior de la quinta costilla derecha, y en cuarta oportunidad dos fracturas, una en el parietal posterior izquierdo, y otra en el parietal derecho, con hematomas subgaleales y protrusión de masa encefálica (...) que fue la causa eficiente de la muerte. Todos estos acometimientos tuvieron origen traumático en golpes, zarandeos o batidas, se produjeron en un período inferior a los tres meses (de edad) de una víctima que no sobrevivió al cuatrimestre.

L se encontraba únicamente al cuidado de ambos padres (...)

Por la dinámica en que se desarrollaron los diferentes acometimientos sucedidos en diversas oportunidades temporales, que quien los producía era la madre y conviviente con el imputado (...), la omisión de toda actividad tendiente a procurar una evitación de la continuidad de los malos tratos, sin que surjan imposibilidades de actuar conforme al rol de protección, denotan una cooperación que fue ingresada en la modalidad fáctica o concreta de ejecución. Estos acometimientos sucesivos no hubieran podido ser llevados adelante si ese rol de protección se hubiera activado (...) Mas en lugar de ello, y según el juzgador, B cooperó con S C. , al brindar ante los profesionales médicos (y los familiares), las explicaciones inverosímiles o inconsistentes previas al proceso penal acerca del origen de la lesiones que presentaba la bebé.

No puede haber duda que la inactividad y el desarrollo de conductas alejadas del intento de procurar la evitación posibilitaron la continuidad del contacto entre agresora y víctima, al respaldar e intervenir en las versiones acerca de orígenes ajenos al accionar lesivo (...) que ocultaron lo que sucedía y que culminó en la muerte de la bebé (vid. fs. 275/276)

En otra parte de la sentencia, bajo el título "Contralor de la fundamentación del dolo" el tribunal detalló las pruebas que demostraban que la conducta de E se dirigía sistemáticamente a



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

B , Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado
S.C. B.327, L. XLVII

ocultar ante los médicos y familiares la situación de maltrato padecida por su hija. El examen de las constancias del juicio permitieron al *a quo* concluir en que *se trató de acometimientos sucesivos y de gravedad progresiva, producidos en un entorno familiar extremadamente cerrado, en tanto sólo los imputados estaban al cuidado del bebé. Estas lesiones eran dolorosas, lo que llevó a que la pequeña desarrollara un estado de llanto intenso. Sumado a todo esto, las sospechas de maltrato fueron expuestas abiertamente a los imputados por los profesionales del ámbito de la salud.*

En semejante contexto, no podía ignorar B lo que acontecía: los daños se repetían, cada vez eran más graves, la vinculación con maltrato venía de la opinión de profesionales, era interpelado también por familiares. En todos esos meses, sin embargo, además de la pasividad, desarrolló conductas positivas, pero ellas en lugar de encaminarse hacia la evitación o neutralización del riesgo vital de su hija, cuyo resguardo y protección le competía, se situaron precisamente en sentido contrario: respaldar las versiones mendaces acerca del origen de las lesiones ante profesionales y familiares (...)

La pasividad y colaboración de B para enmascarar la violencia intrafamiliar favoreció que esa proximidad (de la madre con la hija) se mantuviera en máximo riesgo. Su contribución al ocultamiento denota lo contrario a lo que debe y puede hacerse para la evitación de su continuidad. S C no habría podido seguir adelante si los comportamientos de protección hacia L por B se hubieran desarrollado: ante las consultas en el ámbito de la salud o ante los familiares, se necesitaba la versión de ambos para negar la violencia, pues si se hubiese develado, la situación de máximo riesgo para la vida podría haber sido neutralizada (vid. fs. 276 vta./278).

Con estas consideraciones de hecho, prueba y derecho común, el tribunal desestimó los planteos que el apelante pretende reponer por esta vía extraordinaria. Precisamente por tratarse de una reiteración de lo vertido en la instancia anterior, desechado mediante

fundamentos que no compete a la Corte revisar, considero que el reclamo no puede ser admitido (Fallos: 312:1859; 325:316; 326:1877; 328:3878).

Tampoco la defensa tuvo en cuenta el extenso tratamiento que el tribunal deparó a la cuestión de la omisión impropia en conexión con el principio de legalidad. La sentencia abordó ese aspecto demostrando conocer bien el debate doctrinario acerca de los llamados delitos de comisión por omisión, lo que le permitió ubicar el problema planteado por la defensa en el lugar apropiado.

Sostuvo el tribunal que *“frente a las fórmulas de los tipos construidas comisivamente, como ocurre entre nosotros y, en general, en otras legislaciones penales con los delitos de resultado, que son los que contemplan (causar) un daño o lesión al bien jurídico, la autoría (del que no impide el resultado) se problematiza desde la perspectiva del principio de legalidad”* (las negritas pertenecen al original a fs. 272).

Pero los reparos que aún suscita la autoría por omisión de un delito de comisión no existen respecto de quien *“coadyuva no evitando (el resultado) siempre que esté en posición de garante del bien jurídico que un autor activo coloca en peligro o daña conforme a la descripción del tipo”* (fs. 273 vta). Este es el caso –afirmó el tribunal– de la complicidad omisiva en un delito de comisión activa, posibilidad *“admitida tanto en la doctrina nacional clásica como contemporánea”* (fs. 274 y sus citas).

En esta forma de aporte que es la complicidad, la adecuación que exige el principio de legalidad no es con la descripción típica de la conducta realizada por el autor, sino *“con las modalidades que describen cuál es el aporte que conduce a la complicidad primaria (auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el hecho, C.P. 45) o a la complicidad secundaria (cooperación de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y la ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, C.P. 46) –conf. fs. 274 vta.*



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

B , Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado
S.C. B.327, L. XLVII

En virtud de esa distinción, propia del derecho material común y ajena a la revisión de la Corte, el *a quo* entendió que las cuestiones controvertidas del concepto dogmático de omisión impropia no eran atinentes a la decisión de este caso.

Por tal razón, carece de fundamentos el recurso que meramente volvió a formular las conocidas objeciones contra los llamados delitos de omisión impropia, sin refutar que se trata de una crítica abstracta, sin virtualidad para variar la solución del caso.

El último de los motivos de agravio plantea en general la invalidez de las penas perpetuas desde la perspectiva de los postulados constitucionales de proporcionalidad, prohibición de las penas crueles o inhumanas y el fin de resocialización de la pena.

El tema fue considerado por el tribunal local en la sentencia n° 271, del 18 de octubre de 2010 (ver fs. 260/69), en la que se argumentó que *la ley 24.660 introduce un sistema de indeterminación del contenido de la pena dentro del límite máximo de la sanción individualizada judicialmente (...) para permitir su adecuación al caso en orden al cumplimiento de los fines de resocialización (...) De manera que los alcances de las limitaciones a la libertad ambulatoria y hasta la propia duración del encierro carcelario podrán variar por decisiones que se adopten en el proceso de ejecución.*

(E)n los casos de penas perpetuas, el régimen vigente permite a partir de los institutos de los arts. 13 C.P. y de la ley 24.660 flexibilizar su entonces sólo aparente rigidez, adecuando la pena impuesta a las necesidades resocializadoras o preventivo-especiales del caso concreto, mediante la libertad condicional, las salidas transitorias y el régimen de semilibertad, y otras posibilidades de flexibilizaciones al encierro. Por eso se ha señalado que la prisión perpetua ya no es tal en el ordenamiento argentino (...) –ver fs. 265/vta.–

Se destacó, para este último caso, la posibilidad de ingresar a regimenes de semilibertad y obtener salidas transitorias transcurridos quince años de cumplimiento de la pena.

Luego el tribunal refirió diversas normas de la ley de ejecución penitenciaria que contemplan la promoción de los penados a fases superiores del tratamiento que suponen una real atenuación de las restricciones inherentes a la pena, siempre adecuadas a sus condiciones personales y con arreglo al resultado de informes técnico-criminológicos.

Sobre esa base, la sentencia señaló que los condenados en esta causa carecen de antecedentes penales, razón por la cual tienen disponible la totalidad de las alternativas que prevé el régimen de progresividad que establece la ley 24.660 para adecuar la pena a sus necesidades concretas de readaptación. Si se tiene en cuenta esa gama de posibilidades, ya no puede admitirse que se trate de una pena rígida, desproporcionada e inútil desde el punto de vista preventivo-especial (fs. 266 vta.).

El *a quo* defendió, además, la proporcionalidad en abstracto de la prisión perpetua para el caso del homicidio calificado por el vínculo, sobre la base de considerar que se trataba del atentado contra el bien jurídico que el legislador ha considerado más importante, agravado por implicar la violación de serios deberes de respeto y protección que surgen del vínculo parental. Para apreciar la gravedad del injusto en concreto, estimó digno de señalar que la víctima fue una niña de alrededor de cuatro meses de vida, carente de toda defensa (fs. 267).

Por esos motivos, brevemente señalados, el fallo concluyó en que atento la gravedad del hecho y de la culpa, y las posibilidades de flexibilización que otorga el régimen de ejecución, la pena de prisión perpetua no era desproporcionada; tampoco contraria al fin de resocialización, ni causa de padecimientos físicos o morales constitucionalmente inaceptables (fs. 268).

Los argumentos del tribunal no fueron objeto de una crítica prolija y concreta por parte del recurrente, sino que éste se limitó a propiciar una solución jurídica distinta, fundada en afirmaciones generales y abstractas que no bastan a un planteo que persigue la declaración de inconstitucionalidad de una norma, pues ello importa un



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

B , Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado
S.C. B.327, L. XLVII

acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y su procedencia requiere de un pedido que tenga sólido desarrollo argumental y fundamentos de la misma calidad (Fallos: 307:531; 312:72; 314:424; 328:91 y 1416, 329:4135 entre otros).

A riesgo de exceder los fundamentos necesarios para contestar este agravio, me permito recordar que a raíz de un planteo análogo –que V.E. desestimó conforme al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (*in re* “Chueke, Daniel Isaac y otros s/homicidio agravado por el vínculo, etc.”, causa n° 2641, letra C, Tomo XXXIX, del 27 de noviembre de 2007)– esta Procuración sostuvo que la pena de prisión perpetua no vulnera *per se* la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa, sino que, por el contrario, es posible afirmar que se encuentra expresamente admitida.

Abona esa opinión la interpretación que han efectuado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del artículo 5°, inciso 2°, del Pacto de San José de Costa Rica, que al proteger la integridad personal contempla que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” y que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Así, por ejemplo, en el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, del 29 de julio de 1988, se encuadró en esa norma el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva (párrafo n° 156); en el caso “Castillo Páez vs. Perú”, del 3 de noviembre de 1997, se consideró afectado ese derecho porque la víctima, después de ser detenida por agentes de la policía fue introducida en la maletera del vehículo oficial (párrafo n° 66); en el caso “Castillo Petruzzi vs. Perú” del 30 de mayo de 1999, porque los detenidos permanecieron incomunicados en poder de la autoridad administrativa durante 36 y 37 días hasta ser puestos a disposición judicial y por haber sido presentados

vendados o encapuchados, “amarrocados” o “engrilletados” al declarar en sede judicial (párrafo n° 192); en el caso “Villagrán Morales vs. Guatemala”, del 19 de noviembre del mismo año, porque existían numerosas evidencias en cuanto a que las víctimas padecieron graves maltratos y torturas físicas y psicológicas por parte de agentes del Estado antes de sufrir la muerte (párrafo n° 157 y ss.); en el caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, del 12 de noviembre de 1997, tanto por la prolongada incomunicación ilegal (36 días) como por las malas condiciones de alojamiento (párrafo n° 91).

Para finalizar esta breve reseña, en el caso “Cantoral Benavides vs. Perú”, del 18 de agosto de 2000, la Corte Interamericana se pronunció, también dentro del artículo 5.2, sobre el concepto de tortura psicológica, y reiteró que “la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de los medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, ... las restricciones al régimen de visitas... constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana” (párrafos n° 89 y 95/106). Asimismo, en el caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, del 17 de septiembre de 1997, interpretó que maltratos como el “ahogamiento” también encuadraban en esa norma (párrafo n° 58).

Por su parte, en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité contra la Tortura ha considerado que su artículo 7° —que también prohíbe la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes— se refiere “a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria” (Observación General n° 20, 44° período de sesiones -1992- punto 5, publicada en “Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos”). Sin embargo, aprecio que de ello no es posible inferir *per se* que la pena de prisión perpetua pueda estar comprendida en ese concepto, desde que el



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

B , Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado
S.C. B.327, L. XLVII

propio Pacto admite limitadamente —al igual que otros instrumentos ya aludidos— la imposición de una sanción de suma gravedad, como es la pena capital (art. 6°).

Por lo demás, el artículo 2° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por ley 23.652, también excluye de ese concepto “las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas”.

Sentado lo anterior, cabe observar que además de la prohibición de la tortura y de las penas crueles, infamantes o degradantes allí establecida, la comunidad internacional también ha manifestado su anhelo de lograr la total abolición de la pena de muerte. Así surge, por ejemplo, del “Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte”, aprobado en Asunción el 8 de junio de 1990; mientras que en el ámbito europeo rigen los Protocolos n° 6 (1982) y n° 13 (2002) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que han adoptado un temperamento análogo respecto de la aplicación de esa pena tanto “en tiempo de paz” como en “cualquier circunstancia”.

Específicamente, el artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, si bien limita la aplicación de esa pena, solamente la prohíbe respecto de quienes al momento del hecho fueran menores de dieciocho o mayores de setenta años y para las mujeres en estado de gravidez (inc. 5°). Para los países que no la han abolido, exige que la pena de muerte “sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente” (inc. 2°).

Ahora bien, en cuanto a la sanción cuestionada en el *sub lite*, en la Convención sobre los Derechos del Niño —que también veda la pena capital para los menores de dieciocho años— se admite

expresamente la imposición de prisión perpetua si se cuenta con la posibilidad de excarcelación (art. 37, inc. “a”). Esta circunstancia permite razonablemente sostener que si allí se ha efectuado esa salvedad, resulta difícil concluir que en el ámbito de la comunidad internacional esa pena se encuentre vedada para los mayores, tal como lo propone la recurrente.

En tal sentido, es oportuno recordar que al resolver V.E. el 7 de diciembre de 2005 *in re* “Maldonado, Daniel Enrique y otros/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa n° 1174-” (expte. Letra M n° 1022, Libro XXXIX), donde la defensa había planteado —con sustento en esa Convención y porque a su criterio también importaba una pena cruel, inhumana o degradante— la inconstitucionalidad de la prisión perpetua impuesta a un menor, el Alto Tribunal sólo revocó lo resuelto por considerar, en el marco de la legislación nacional de menores y los tratados de derechos humanos, que carecía de suficiente fundamentación la necesidad de aplicación de esa pena (conf. considerandos n° 21 a 23 del voto conjunto).

En lo que aquí interesa, al referirse en esa ocasión a la figura del homicidio agravado cometido por mayores, sostuvo que “la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua” (considerando n° 13 *idem*).

Agregó entonces que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, no admiten agravantes o atenuantes pues el legislador ha declarado, *de iure*, “que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna”, y concluyó que “en los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible” (ver considerando n° 14 *ibidem*).



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

B , Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado
S.C. B.327, L. XLVII

Más expresamente, en su voto concurrente la doctora Argibay afirmó que “el régimen establecido en la ley 22.278 no es inconstitucional por el hecho de admitir la posibilidad de que una persona sea condenada a prisión perpetua por un homicidio calificado cometido cuando tenía dieciséis años y ello tampoco resulta, por sí solo, contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño” (considerando n° 18).

Sin perjuicio del debate doctrinario existente en torno a la vigencia de esa pena, en el cual la recurrente ha sustentado su planteo, lo descripto permite afirmar que desde el ámbito de los instrumentos de derechos humanos comprendidos por la Constitución Nacional y la interpretación que de ellos ha efectuado V.E. a partir de Fallos: 318:514, sumado a las consideraciones que acaban de señalarse del precedente “Maldonado”, no es posible concluir en la inconstitucionalidad de la prisión perpetua prevista en el artículo 80, inciso 1°, del Código Penal, ni que ella pueda significar la afectación de la integridad personal en los términos el artículo 5°, inciso 2°, del Pacto de San José de Costa Rica, de la garantía de igualdad ante la ley o del principio de culpabilidad, en los cuales también se ha fundado este aspecto del agravio.

Si bien lo considerado en el apartado anterior permitiría proponer la desestimación del planteo, creo pertinente agregar, en abono de ello y por guardar vinculación con la cuestión articulada, que en la actualidad también integra el orden público argentino (conf. arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional) el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, adoptado el 17 de julio de 1998 en el ámbito de las Naciones Unidas, aprobado por ley 25.390 (publicada en el Boletín Oficial el 23 de enero de 2001) y en vigor desde el 1° de julio de 2002, cuya implementación ha sido recientemente dictada por el Congreso mediante la sanción de la ley 26.200 (publicada en el Boletín Oficial el 9 de enero de 2007).

Por lo tanto, en la materia que aquí interesa es posible acudir a ese instrumento internacional como fuente para la interpretación del derecho interno (conf. Fallos: 315:1492, considerando 18).

Más allá de la finalidad de ese tratado y de la competencia limitada y complementaria del tribunal supranacional así creado, considero relevante señalar que al fijar el Estatuto las penas aplicables para los delitos tipificados en sus artículos 6° a 8°, su artículo 77, inciso 1°, estableció las siguientes: a) reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta años; o b) reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Cabe destacar que en virtud de la ley 26.200 recién aludida, en el primer supuesto la pena se ha limitado al término de veinticinco años de prisión, mientras que para el segundo, sin afectarse el carácter absoluto de la sanción, sólo se precisaron las condiciones para su aplicación “si ocurre la muerte” (arts. 8 a 10).

Además de reiterarse a través de aquel instrumento la vigencia del encierro perpetuo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (aspecto ya analizado en este dictamen), estimo oportuno mencionar las normas allí previstas para la “reducción de la pena”, pues a partir de ellas podría considerarse, oportunamente, un régimen para morigerar en el ámbito del derecho interno los efectos de la sanción aplicada en autos.

El artículo 110 del Estatuto de Roma, que regula este último instituto, determina que el recluso no será puesto en libertad antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte (inc. 1°); que, luego de escuchar al recluso, sólo ella puede decidir la reducción (inc. 2°); y que cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena o veinticinco años de prisión en el caso de pena privativa de libertad perpetua, la Corte revisará la pena —nunca antes del cumplimiento de esos plazos— para determinar si ésta puede reducirse (inc. 3°). Luego de describir los factores a tenerse en cuenta a tal fin (inc. 4°), se prevé que si en un inicio se declara que no procede la reducción de la pena, la cuestión debe



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

B , Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado
S.C. B.327, L. XLVII

volver a examinarse con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba (inc. 5°).

Esta reseña permite apreciar que sin perjuicio de la aludida vigencia de la prisión perpetua, la finalidad esencialmente resocializadora de las penas privativas de libertad también ha sido reconocida por el Estatuto de Roma para esa sanción, pues la expectativa que en el plazo de veinticinco años pueda examinarse la posibilidad de reducción que para ella contempla el artículo 110, inciso 3°, habrá de alentar la readaptación social del condenado a esos fines. Más aún, de las aludidas Reglas de Procedimiento y Prueba surge expresamente que en esa etapa la Corte valorará, entre otras circunstancias, que la conducta del condenado durante su detención revele una auténtica disociación de su crimen y sus posibilidades de reinsertarse en la sociedad y reasentarse exitosamente (regla n° 223).

Si bien esta limitación temporal de la prisión perpetua no se vincula con la eventual reincidencia del condenado, la cual, como tal, no ha sido contemplada en el Estatuto de Roma (ver art. 78, inc. 3°), sus efectos coinciden, en lo sustancial, con el criterio de la invalidez constitucional de la pena privativa de libertad realmente perpetua que adelantaron algunos ministros de V.E. al dictar sentencia en el caso “Giménez Ibáñez”, y también con el invocado por el doctor Petracchi al fallar el 5 de septiembre de 2006 en la causa Letra G, n° 560, Libro XL, caratulada “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa — causa n° 1573—”.

En su ilustrado voto, este último magistrado recordó sobre la base de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Alemán, que las condenas a encierro por tiempo indeterminado —incluidas las aplicadas a reincidentes o delincuentes habituales— son compatibles con la respectiva Convención Europea y con la Ley Fundamental de Alemania, sólo bajo la premisa que se asegure debidamente el control judicial periódico de las condiciones para la liberación y que haya existido un

examen concreto de la situación del afectado (ver considerandos n° 31 y 44, a los que me remito en razón de brevedad).

Precisamente, esa periodicidad ha sido prevista dentro del ámbito del Estatuto de Roma en la regla procesal n° 224, que establece la realización del examen de la reducción de la pena cada tres años, a menos que los magistrados indiquen un intervalo más breve.

Por su parte, el aludido Tribunal Constitucional también aplicó una interpretación similar al resolver que el cumplimiento de la pena privativa de la libertad a perpetuidad no afecta la inviolabilidad de la dignidad del hombre que reconoce el artículo 1°, inciso 1°, de la Ley Fundamental de Alemania. Para ello, además de reiterar que toda pena debe estar en adecuada proporción con la gravedad del hecho punible y la culpa del delincuente, sostuvo que las disposiciones de la ley de ejecución penal y la práctica allí vigente en materia de indulto, impedían determinar que esa pena conduzca obligatoriamente a daños irreparables de tipo físico o psíquico que lesionen la existencia digna. Agregó que al condenado se le debe dar la esperanza de volver a obtener su libertad y que si bien la posibilidad del indulto no es por sí sólo suficiente, el principio del estado de derecho ofrece los presupuestos bajo los cuales se puede suspender la ejecución de una pena de prisión perpetua, así como para reglamentar el proceso aplicable a tal efecto (ver BverfGE, sentencia 45,187 de la Sala Primera, del 21 de junio de 1977 -1BvL 14/76- reseñada en “Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, compilación de Jürgen Schwabe, traducción de Marcela Anzola Gil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Konrad-Adenauer-Stiftung, Bogotá 2003, páginas 18 y 19).

Como puede apreciarse, los criterios vigentes en el ámbito internacional respecto de las penas perpetuas coinciden con el núcleo de lo argumentado por el *a quo* al rechazar el planteo de inconstitucionalidad sobre la base de la posibilidad real y efectiva de obtener una liberación anticipada y, antes, diversas medidas de



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

B , Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado
S.C. B.327, L. XLVII

morigeración del régimen de ejecución de la pena según el sistema de progresividad que establece la ley 24.660.

Dentro de esos límites, considero que el juicio referido a la proporcionalidad de la pena, que se trasunta en la ley con carácter general, es de competencia exclusiva del legislador, sin que competa a los tribunales juzgar del mismo, ni imponer graduaciones o distinciones que la ley no contempla, desde que instituye iguales sanciones a todos los que incurran en la infracción que se incrimina como una suerte de salvaguarda de la garantía de igualdad (Fallos: 322:2346; 329:5567). En efecto, V.E. tiene dicho que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió, ya que está vedado a los tribunales el juicio del mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en el ejercicio de sus propias facultades (Fallos: 300:700; 321:92; 327:3597).

El temperamento anunciado coincide con el sostenido por el Alto Tribunal en cuanto a que “el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces —comprensivo de la determinación de su conformidad con los principios y garantías de la Ley Fundamental—, así como en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales y la suplencia de sus lagunas (artículo 16 del Código Civil) no incluye, obviamente, la facultad de instituir la ley misma. No es lícito que los magistrados judiciales argentinos procedan con olvido de su carácter de órganos de aplicación del derecho ‘vigente’ ni que se atribuyan (...) potestades legislativas de las que carecen” (Fallos: 308:1848, considerando 5° y sus citas).

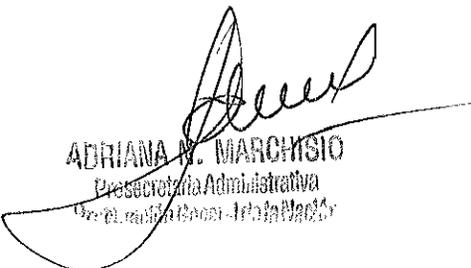
IV

En razón de lo expuesto, opino que V.E. debe desestimar la queja interpuesta.

Buenos Aires, 22 de marzo de 2012.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA M. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación